

LEGITIMACION EN CAUSA - Responsabilidad Solidaria de los socios -

La legitimación en la causa refiere a la posición que tienen los sujetos procesales frente a la situación fáctica y jurídica alegada en el proceso judicial, de manera que estará legitimado en la causa quien tenga la posibilidad de intervenir en éste para formular pretensiones o controvertirlas; por tanto, quien eleva las pretensiones y quien las resiste, deben tener un interés legítimo frente al derecho discutido en la controversia

En materia de controversias contractuales, el artículo 141 del CPACA atribuyó en principio el ejercicio de la acción a las partes de la relación negocial, considerando que la causa que origina el litigio tiene como fuente un contrato del cual solo pueden derivar derechos y obligaciones quienes conforman uno de sus extremos

Como excepción a la regla indicada, la citada norma dispuso que la nulidad absoluta del contrato estatal también podrá ser pretendida por el Ministerio Público y por el "tercero que acredite un interés directo", sin perjuicio de que pueda ser declarada de oficio por el juez administrativo, permitiendo de esta forma el ejercicio del medio de control de controversias contractuales a quienes no fueron parte del contrato, pero cualificando a esos sujetos activos en sede de legitimación y únicamente en lo referente a esa precisa pretensión de declarar su nulidad absoluta, impidiendo el ataque indiscriminado que implicaría que cualquiera y sin denotar un interés directo en el negocio pueda peticionar su ruptura, circunstancia que iría en contravía del interés general envuelto en el contrato estatal así como del principio de relatividad de los contratos antes explicado

En lo que refiere a la nulidad de los actos administrativos derivados de la actividad contractual del Estado, los artículos 141 del CPACA y 77 de la Ley 80 de 1993 establecen que los de naturaleza precontractual, esto es, los proferidos durante la conformación y con anterioridad de la celebración del negocio jurídico, deben ser enjuiciados a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho según corresponda. mientras que (ii) los actos contractuales, entendidos como aquellos expedidos con posterioridad a la celebración del negocio jurídico y con motivo de éste, deben demandarse a través de la acción de controversias contractuales, mecanismo de control judicial que por oposición al contencioso objetivo, no tiene por propósito la protección del orden público, el restablecimiento de la legalidad o la conservación del derecho y el orden jurídico, sino que se erige como un medio adecuado para proteger derechos o intereses eminentemente subjetivos.

El parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de la licitación pública que dio origen al contrato objeto de la controversia, establecía que los proponentes para la celebración de un contrato de concesión de obra pública podían presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, incluyendo la figura de promesa de sociedad futura, caso en el cual, debía allegarse una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetaría a la condición de que el contrato fuese adjudicado a ese proponente, de tal forma que una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad, el contrato de concesión se celebraría con su representante legal.

El parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 dispone que las sociedades que se conformen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, se someten a las mismas responsabilidades y efectos dispuestos en ese estatuto para los consorcios, respecto de los cuales la misma norma dispuso en su numeral 1, que los integrantes de ese proponente plural responderán *“solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”*.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 250002336000-2016-02429-01 (68632)
Demandante: Marco Fidel Ajiaco y otros
Demandado: Transmilenio S.A. y Alcaldía Mayor de Bogotá
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *ACTOS DE NATURALEZA CONTRACTUAL - deben ser enjuiciados a través de la acción de controversias contractuales / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - por oposición al contencioso objetivo, no tiene por propósito la protección del orden público o la conservación del orden jurídico, sino proteger derechos o intereses eminentemente subjetivos / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – se atribuye, en principio, a las partes de la relación negocial, considerando que la causa que origina el litigio tiene como fuente un contrato del cual solo pueden derivar derechos y obligaciones quienes conforman uno de sus extremos / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRACTUALES – al tratarse de actos de contenido eminentemente particular y concreto, los llamados legalmente a demandarlos son los titulares del derecho desconocido o vulnerado con su expedición / PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES - la constitución de una sociedad conlleva la formación de una persona jurídica distinta de los socios y con ocasión de los atributos de la personalidad y la autonomía que la ley le reconoce, la individualidad de cada una de las personas que la conforman se funde en un sujeto autónomo e independiente, con atributos propios que lo diferencian plenamente de los socios / PRINCIPIO DE GARANTÍA DE SEPARACIÓN PATRIMONIAL - la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado, es una consecuencia económica del atributo de la personalidad jurídica que la ley atribuye a las sociedades comerciales / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS FRENTE AL CONTRATO ESTATAL – se predica de las sociedades que se conformen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, como una garantía para asegurar su cumplimiento, lo cual no se contrapone a los atributos de la personalidad y los principios de autonomía y separación patrimonial que la ley reconoce a la persona jurídica legalmente constituida.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

Los demandantes solicitan declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento grave del contrato, se terminó anticipadamente y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 4 de noviembre de 2021¹, en la que la Sección Tercera, Subsección C, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió la demanda presentada el 28 de noviembre de 2017² por algunos socios de la compañía Operador Solidario de Transportadores - Coobus S.A.S.³; en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.⁴, cuyos principales fundamentos y pretensiones se describen a continuación.

La demanda y sus fundamentos

2. Como principales hechos y argumentos que sirvieron de sustento para la acción, los demandantes expusieron lo siguiente⁵:

(i) Transmilenio convocó la Licitación Pública TMSA-LP-004-2009, con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios, la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, resultando adjudicataria⁶ la “*promesa de Sociedad futura Operador Solidario de Transportadores - Coobus S.A.S.*”. En virtud de lo anterior, Coobus y Transmilenio celebraron el contrato de concesión 005 de 2010, para la explotación de la zona 3 Fontibón con operación troncal. Los demandantes se hicieron socios de Coobus con el objeto de celebrar el contrato de concesión.

(ii) El contrato de concesión no cumplió con las exigencias del pliego de condiciones de la licitación en el sentido que debía ajustarse en todo a la promesa de sociedad futura, particularmente respecto del patrimonio y el número de accionistas, por lo que se produjo la pérdida del cierre financiero aportado en la promesa de sociedad futura y la exclusión de 1.405 accionistas que representaban el 98% de esa sociedad.

(iii) Lo anterior impidió ejecutar y cumplir a cabalidad con el objeto del contrato ante la pérdida de los desembolsos de créditos sindicados aprobados por varios bancos y fondos de inversión soportados en la promesa de inversión futura, debido a las diferencias presentadas entre la sociedad constituida que celebró el contrato y la promesa de sociedad futura adjudicataria⁷; en consecuencia, Coobus fue

¹ SAMAI, índice 65 primera instancia.

² Cuaderno 1, folio 22.

³ Acudieron al proceso como demandantes: Marco Fidel Ajiaco Cante, Mario Álvarez Ulloa, Enrique Báez Velandia, María Inés Barragán Navarro, Roberto Chaparro Rodríguez, Rosa Elena Estupiñán Suárez, Víctor Abel Guevara, Carlos Julio Joya Báez, Bernardo Méndez Santafé, José Agustín Montenegro Roldán, Humberto Isidro Peñuela Garzón, Juan Emiliano Rojas Castro, José Santos Torres Vega y Ana Isabel Vargas López

⁴ Quien conforme al Acuerdo 04 del 18 de febrero de 1999 y la escritura pública de su constitución (1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá), corresponde a una sociedad constituida entre entidades públicas del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado según lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 38 de la ley 489 de 1998.

⁵ Cuaderno 1, folios 70 a 110.

⁶ Con la Resolución 448 de 2010.

⁷ Explicó que el patrimonio de la promesa de sociedad futura era de \$246.000.000.000, en tanto el patrimonio mínimo exigido en el pliego de condiciones para la zona era de \$51.828.000.000; a su vez el número de

adjudicataria para operar el 60% de la troncal de la calle 26 desde el 2010, pero la operación de la sociedad se inició en el 2012.

(iv) Transmilenio inició un proceso de incumplimiento contractual en contra de Coobus y profirió las siguientes resoluciones: ^(a) 233 de 25 de abril de 2016, en la que declaró el incumplimiento total del contrato de concesión e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria; ^(b) 234 del 25 de abril de 2016, en la que encontró probado el incumplimiento grave del contrato, pero decidió abstenerse de declarar la caducidad, “*al haberse declarado el incumplimiento total del contrato de concesión (...) mediante Resolución No. 233 del 25 de Abril de 2016*”; y ^(c) 253 del 28 de abril de 2016, con la que resolvió desfavorablemente el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución 233 del 24 de abril de 2016.

3. Respecto de los fundamentos de derecho, indicaron que las resoluciones antes indicadas son nulas por cuanto:

(i) El incumplimiento del contrato de concesión fue propiciado por Transmilenio y la Superintendencia de Puertos y Transporte, al omitir el ejercicio de sus facultades de intervención y control gestionando soluciones reales para evitar la pérdida de los derechos económicos de los socios y rentistas de Coobus.

(ii) En el desarrollo de las audiencias adelantadas para proferir las resoluciones, no se le permitió intervenir a los demandantes, desconociendo de esta forma sus derechos al debido proceso, libertad de expresión, audiencia y defensa.

(iii) Los cargos imputados a Coobus se redactaron de manera ambigua, vaga, inconsistente y sin pruebas que los soportaran, y con posterioridad al pliego de cargos, se incorporaron pruebas no decretadas o relacionadas.

(iv) Las resoluciones desconocen los artículos 8 y 16 de la Ley 1116 de 2006 que impiden sancionar a sociedades intervenidas, siendo además indebida la interpretación del concepto proferido el 15 de enero de 2016 por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en el cual se fundamentaron las decisiones sancionatorias.

(v) Con la decisión adoptada en esos actos, Transmilenio tenía el deber legal de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ordenando el reconocimiento y la orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones procedentes.

(vi) Entre las Resoluciones 233 y 234 de 2016 se presenta una violación al principio de *non bis in idem*, por cuanto sus partes motiva y resolutive involucran el mismo hecho objeto de investigación y sanción.

accionistas también difirió, pues la sociedad futura registró 1501 accionistas, pequeños transportadores y personas naturales, en cumplimiento del principio de democratización incorporado al pliego de la licitación, mientras que la sociedad que suscribió el contrato sólo tuvo 8 accionistas que son personas jurídicas; se afirmó que por ello el contrato nació con pérdidas al inicio del cierre financiero por dificultades administrativas.

4. Con fundamento en lo anterior, solicitaron ⁽ⁱ⁾ declarar la nulidad de las resoluciones acusadas⁸ y como pretensiones consecuenciales, condenar: ⁽ⁱⁱ⁾ a la Alcaldía Mayor de Bogotá al pago de las rentas, utilidades e intereses dejados de percibir por los demandantes, desde el momento de integración de la promesa de sociedad hasta la fecha probable de liquidación del contrato de concesión, al igual que el valor de los vehículos aportados a Coobus; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ a Transmilenio a pagar todos los derechos societarios y empresariales contenidos en el contrato de concesión a favor de los demandantes⁹.

Contestación de la demanda

5. Transmilenio¹⁰ se opuso a las pretensiones indicando que los demandantes carecen de legitimación en la causa por activa, toda vez que no hacen parte de la relación surgida con ocasión del contrato de concesión en virtud del cual fueron expedidos los actos acusados, además de lo cual, estos fueron proferidos cumpliendo lo acordado en el contrato, la normatividad aplicable y el procedimiento correspondiente, donde se demostró que Coobus incumplió el contrato de concesión. Refirió también que los demandantes José Agustín Montenegro Roldan, José Santos Torres Vega, Víctor Abel Guevara Rodríguez y Carlos Julio Joya Báez, presentaron postulación a Transmilenio en el marco del Decreto 351 de 2017, por lo que en las resoluciones 159 del 3 de abril de 2018 y 314 del 21 de mayo de 2018 se autorizaron los desembolsos y se les hizo el pago correspondiente, de manera que no tendría vocación de prosperidad la pretensión que realizan éstos dirigida al pago de los vehículos.

6. La Alcaldía Mayor de Bogotá¹¹ manifestó no estar legitimada en la causa por pasiva, por cuanto no hizo parte del contrato de concesión que motiva la controversia, no expidió los actos demandados y no le asiste ningún tipo de competencia o responsabilidad en los hechos y omisiones por los cuales el demandante afirma causados los perjuicios.

⁸ Se solicitó expresamente: "**Pretensiones Declarativas:** **1.** Anular y/o Revocar la totalidad Resolución N.º 233 del 25 de Abril de 2016, emanada de la Subgerencia jurídica de la Empresa de Transporte del Tercer milenio TRANSMILENIO S.A. relacionada con el contrato 005 de 2010 suscrito entre TRANSMILENIO Y COOBUS S.A.S. **2.** Anular y/o Revocar la Totalidad de la Resolución N.º 234 del 25 de Abril de 2016 emanada de la subgerencia jurídica de la Empresa de Transporte del Tercer milenio TRANSMILENIO S.A. relacionada con el contrato 005 de 2010 suscrito entre TRANSMILENIO Y COOBUS S.A.S. **3.** Anular y/o Revocar la totalidad de la Resolución N.º 253 del 28 de Abril de 2016, relacionada con el contrato 005 de 2010 suscrito entre TRANSMILENIO Y COOBUS S.A.S. **4.** Anular y/o Revocar el artículo tercero de la Resolución 233 de 25 de abril de 2016 de la Subgerente jurídica de Transmilenio S.A., que no solo viola la constitución y la ley sin que tiene efectos patrimoniales y por lo tanto debe ser anulado en su totalidad" (énfasis añadido).

⁹ "INDEMNIZACIONES. Ordenar por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría de Movilidad, el pago de las rentas (no pagadas a mis poderdantes desde 2014 para quienes tienen la calidad de rentistas), las utilidades e intereses dejados de percibir, (para todos), desde el momento de integración de la promesa de Sociedad, y la entrega o pago de los vehículos para el servicio de COOBUS S.A.S., las rentas e intereses de mora sobre las mismas, adeudadas desde el año 2013 a la fecha probable de liquidación del contrato de concesión desde el año 2013, al igual que el valor de los vehículos entregados a precio actualizados al momento de la conciliación o la sentencia de restablecimiento del derecho. Las indemnizaciones y obligaciones directas, se encuentran liquidadas en la tabla que obra en el capítulo XI ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA y está más desagregada en los documentos finales de los poderes, en los cuales se presenta en detalle para cada uno de los vehículos entregados la correspondiente (sic) liquidación. Las rentas, son determinadas en tablas emanadas del Ministerio de Transporte y el DANE, las cuales se actualizan anualmente.

¹⁰ Cuaderno 1, folios 131 a 213.

¹¹ Cuaderno 1, folios 295 a 302.

Alegatos en primera instancia

7. En auto de 2 de agosto de 2019 se aceptó el desistimiento del señor José Santos Torres Vega¹² y por medio de auto del 26 de marzo de 2021¹³, se aceptó la solicitud de coadyuvancia de los señores Camilo Rodríguez Fernández y Rafael Aníbal Núñez Barón, así como el desistimiento presentado por la señora Ana Isabel Vargas López. De otro lado, se determinó dictar sentencia anticipada con fundamento en el numeral 3 del artículo 182A del CPACA por “*la excepción de falta manifiesta de legitimación en la causa por activa*” y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión¹⁴.

8. Transmilenio y la Alcaldía Mayor de Bogotá¹⁵ reiteraron lo manifestado en sus contestaciones de la demanda, enfatizando en la falta de legitimación en la causa por activa de los actores, al señalar que no fueron parte del contrato de concesión que suscitó la expedición de los actos acusados.

9. Los demandantes y sus coadyuvantes¹⁶ manifestaron estar legitimados en la causa, por cuanto: (i) fueron proponentes en el proceso licitatorio, aunque ello hubiera sucedido a través de una promesa de sociedad futura, de manera que participaron en la licitación, desde la etapa precontractual, sin que actuaran como una persona jurídica; y (ii) los actos administrativos cuya nulidad se solicita les causó un perjuicio, dado que constituyeron a Coobus, por lo que les asiste un interés directo en la determinación de la legalidad de esas decisiones.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

10. El Tribunal *a quo*¹⁷ declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y dio por terminado el proceso¹⁸; para estos efectos, indicó lo siguiente:

(i) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 141 del CPACA, la legitimación en la causa para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales está supeditada a que quien acuda a la jurisdicción, sea una parte que celebró el contrato.

(ii) Aunque se pretende la anulación de actos de carácter particular y concreto proferidos en desarrollo de la actividad contractual, derivados del negocio jurídico celebrado entre Transmilenio y Coobus, los demandantes no formaron parte de la

¹² Cuaderno 1, folio 364.

¹³ SAMAI, primera instancia, índice 52.

¹⁴ Se tuvieron como pruebas las documentales aportadas por los demandantes y las demandadas, incluyendo copias de: el contrato de concesión, las resoluciones demandadas, la solicitud de conciliación prejudicial radicada ante la Procuraduría General de la Nación el 3 de octubre de 2016, el acta de conciliación fallida suscrita por la Procuradora 127 Judicial II para Asuntos Administrativos, con fecha del 17 de noviembre de 2016 y del acuerdo 645 del 9 de junio de 2016 proferido por el Concejo de Bogotá.

¹⁵ SAMAI, primera instancia, índices 60 y 63.

¹⁶ SAMAI, primera instancia, índice 62.

¹⁷ SAMAI, primera instancia, índice 65.

¹⁸ Adicionalmente, en la sentencia se aceptó la solicitud de coadyuvancia elevada por Claudio Antonio Caicedo Rodríguez y Nohora Constanza Caicedo Rodríguez; se negó la solicitud de coadyuvancia presentada por José Miguel Ortiz Rincón; y se declaró improcedente la solicitud de medida cautelar elevada por la parte actora, dado que carece de legitimación en la causa por activa conforme se expuso en la decisión.

relación contractual. Si bien los actores acreditaron su calidad de socios del contratista, el artículo 2 de la Ley 1258 de 2008 es claro al establecer que la sociedad por acciones simplificada una vez inscrita en el Registro Mercantil, forma una persona jurídica distinta de sus accionistas, siendo entonces ésta la llamada a representar sus intereses al ostentar la personificación jurídica que integra la voluntad social, diferenciándose de este modo entre la sociedad y el socio.

(iii) La afirmación de los demandantes de tener un interés directo al ser socios del concesionario contratante y haber participado en el proceso licitatorio, tampoco puede entenderse como suficiente para acreditar la legitimación en la causa por activa en el caso concreto, puesto que: (i) las pretensiones están enmarcadas en la relación jurídica concreta derivada del contrato de concesión y su cumplimiento; (ii) la ley es clara en referir que este medio de control solo puede ser ejercido por “cualquiera de las partes de un contrato del Estado”, sin que los demandantes posean esa calidad; y (iii) los actores no intervinieron en el proceso licitatorio en calidad de proponentes, pues éste fue realmente adelantado por la sociedad futura que se constituyó como Coobus.

(iv) Consecuencialmente, está acreditada la carencia de legitimación en la causa por activa para ejercer el medio de control de controversias contractuales, en tanto los actores no cuentan con las atribuciones normativas para ello, pues no son parte de la relación contractual que originó la expedición de las resoluciones que se controvierten, ni hicieron parte del proceso licitatorio.

(v) Adicionalmente, negó la solicitud de coadyuvancia presentada por José Miguel Ortiz Rincón al no haber acreditado una relación con los hechos de la demanda.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

11. La anterior decisión fue apelada por los demandantes¹⁹ y sus coadyuvantes²⁰ en los siguientes términos:

(i) Los demandantes indicaron que el Tribunal *a quo* se equivocó al desconocer la calidad de proponentes que tuvieron los demandantes en el proceso licitatorio, toda vez que participaron como firmantes de la promesa de sociedad futura, figura autorizada por el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²¹ vigente en ese momento. En esa medida, afirmaron que fueron ellos los proponentes en el proceso de selección y no la sociedad Coobus, que solo fue constituida con posterioridad, determinando su legitimación en la causa para incoar la acción. Se insistió además en la solicitud de coadyuvancia de José Miguel Ortiz Rincón por asistirle un interés en el proceso en los mismos términos de los demandantes.

(ii) Los coadyuvantes expusieron que la acción como poder jurídico para activar la administración de justicia puede ejercitarse por todas las personas naturales o

¹⁹ SAMAI, primera instancia, índice 67.

²⁰ SAMAI, primera instancia, índice 68.

²¹ El citado parágrafo fue derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012.

jurídicas a fin de reclamar ante los órganos jurisdiccionales la satisfacción de una o varias pretensiones, y en el caso concreto, está determinada la vulneración de los derechos y la causación de perjuicios irremediables a los demandantes, por lo que están legitimados para demandar.

Trámite y alegatos en segunda instancia

12. En la oportunidad correspondiente para alegar de conclusión, la parte actora²² y la entidad demandada²³ reiteraron sus posiciones. El Ministerio Público guardó silencio²⁴.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

13. Corresponde a la Sala establecer si en el caso concreto los demandantes están legitimados en la causa para pretender la nulidad de los actos administrativos contractuales demandados.

El interés directo como presupuesto de la legitimación en la causa por activa frente a la pretensión de nulidad de los actos administrativos contractuales

14. La legitimación en la causa refiere a la posición que tienen los sujetos procesales frente a la situación fáctica y jurídica alegada en el proceso judicial, de manera que estará legitimado en la causa quien tenga la posibilidad de intervenir en éste para formular pretensiones o controvertirlas; por tanto, quien eleva las pretensiones y quien las resiste, deben tener un interés legítimo frente al derecho discutido en la controversia²⁵.

15. Esta legitimación que ostentan las partes para formular (*activa*) o contradecir (*pasiva*) las pretensiones de una demanda, surge en virtud de una relación jurídico sustancial derivada de la participación -por acción u omisión- en una circunstancia fáctica o en una situación jurídica que puede ser de índole contractual, legal o reglamentaria, de manera que quien demanda debe tener y acreditar un vínculo funcional o material con los hechos que dan origen a lo pretendido, lo cual debe examinarse desde la óptica de las responsabilidades que le corresponden y el objeto del medio de control que se ejerce²⁶.

16. En lo que refiere a las controversias derivadas de los negocios jurídicos, debe indicarse que éstos son fuente de derechos y obligaciones únicamente respecto de quienes con su consentimiento asistieron a su formación, premisa que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado bajo el principio de relatividad contractual,

²² SAMAI, índice 12.

²³ SAMAI, índice 14.

²⁴ Constancia secretarial visible en el cuaderno principal, folio 414.

²⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 29 de julio de 2022, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 250002336000201700600 01 (68115).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 27 de agosto de 2021, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 67.194.

conforme al cual, la declaración de voluntad está llamada a surtir eficacia jurídica únicamente entre aquellos que al otorgar su voluntad perfilaron el consentimiento formador del respectivo contrato²⁷, de manera que éste solo produce efectos entre las partes que lo celebraron, y, por ende, únicamente a ellas perjudican y aprovechan sus efectos²⁸.

17. Bajo esta línea, en materia de controversias contractuales, el artículo 141 del CPACA atribuyó en principio el ejercicio de la acción a las partes de la relación comercial, considerando que la causa que origina el litigio tiene como fuente un contrato del cual solo pueden derivar derechos y obligaciones quienes conforman uno de sus extremos, esto es, quienes con su querer formaron el consentimiento que posibilitó la creación del respectivo acuerdo, por lo que serán ellos los habilitados para solicitar que se declare la existencia, nulidad o incumplimiento del negocio jurídico, que se ordene su revisión o su liquidación, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

18. Como excepción a la regla indicada, la citada norma dispuso que la nulidad absoluta del contrato estatal también podrá ser pretendida por el Ministerio Público y por el “tercero que acredite un interés directo”, sin perjuicio de que pueda ser declarada de oficio por el juez administrativo, permitiendo de esta forma el ejercicio del medio de control de controversias contractuales a quienes no fueron parte del contrato, pero cualificando a esos sujetos activos en sede de legitimación y únicamente en lo referente a esa precisa pretensión de declarar su nulidad absoluta, impidiendo el ataque indiscriminado que implicaría que cualquiera y sin denotar un interés directo en el negocio pueda petitionar su ruptura, circunstancia que iría en contravía del interés general envuelto en el contrato estatal²⁹ así como del principio de relatividad de los contratos antes explicado³⁰.

19. Por tanto y como ha manifestado esta Subsección³¹, el *interés directo* funge como punto de equilibrio del mecanismo de control judicial de los contratos estatales, en la medida que autoriza su activación en armonía con los principios de conservación y relatividad de los negocios jurídicos *-favor contractus*, a través del cual se promueve el cumplimiento y protección de los acuerdos de voluntades como fuente estable de derechos y obligaciones, los cuales enmarcan una relación de

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de agosto de 2016. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. 2011-00213-01.

²⁸ Proposición que los romanos denominaron como “*res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt*” o las convenciones entre las partes no engendran para los terceros derechos ni obligaciones.

²⁹ Al negocio jurídico objeto de la controversia le resulta aplicable la Ley 80 de 1993 por tratarse de un contrato de concesión de un servicio público. Por su parte, el manual de contratación de Transmilenio S.A. establece expresamente que “*deberán regirse por Estatuto de la Contratación Pública todos los actos o contratos [...] que pretendan la ejecución de aquellos actos o contratos que se encuentren expresamente regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993*”.

³⁰ Más allá de que por la relevancia que comportan los contratos, sus efectos tengan trascendencia económica y social frente a un conglomerado; por lo que al hablar de tercero se hace referencia a que, derivado del contrato, no se puede “*hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero; esto es, que son impotentes para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria*” (JOSSERAND, Louis. Derecho civil, t.II, vol. I. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires: Bosch, 1950. p. 183).

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2021, Exp. 05001-23-31-000-2011-01353-01 (61329).

exclusividad frente a sus efectos y son catalogados como ley para quienes los concertaron, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil³².

20. Siguiendo estas premisas, en lo que refiere a la nulidad de los actos administrativos derivados de la actividad contractual del Estado, los artículos 141 del CPACA y 77 de la Ley 80 de 1993 establecen que ⁽ⁱ⁾ los de naturaleza precontractual, esto es, los proferidos durante la conformación y con anterioridad de la celebración del negocio jurídico, deben ser enjuiciados a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según corresponda, mientras que ⁽ⁱⁱ⁾ los actos contractuales, entendidos como aquellos expedidos con posterioridad a la celebración del negocio jurídico y con motivo de éste, deben demandarse a través de la acción de controversias contractuales, mecanismo de control judicial que por oposición al contencioso objetivo, no tiene por propósito la protección del orden público, el restablecimiento de la legalidad o la conservación del derecho y el orden jurídico, sino que se erige como un medio adecuado para proteger derechos o intereses eminentemente subjetivos.

21. Se adiciona a lo anterior que, aunque por disposición legal los actos administrativos de naturaleza contractual deben controvertirse a través de la acción de controversias contractuales, ello no desvirtúa que se trata de actos de contenido eminentemente particular y concreto, razón por la que los llamados legalmente a demandarlos son los titulares del derecho desconocido o vulnerado con su expedición³³. Por esto, para pretender la nulidad de actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual, es necesario acreditar un interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual en el resultado del proceso, lo que se opone al interés que puede asistirle a cualquier persona que pretende defender el ordenamiento jurídico a partir de un juicio abstracto de legalidad, pues, se reitera, cuando se debate que un derecho subjetivo fue lesionado como consecuencia de la expedición de un acto administrativo, no basta con que se actúe dentro del proceso con el sólo interés de proteger el orden jurídico³⁴.

22. Sobre los niveles en los que transita el instituto de la legitimación, donde se enmarca el interés, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha distinguido reiteradamente³⁵ entre la legitimación en la causa de hecho y la

³² “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

³³ De acuerdo con la doctrina de los móviles y las finalidades –recogida legalmente en el artículo 137 del CPACA– la acción de nulidad simple puede ser instaurada por cualquier persona contra actos de contenido general y excepcionalmente contra actos de contenido particular y concreto, siempre que con la pretendida nulidad no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo.

³⁴ Sobre el particular, anotó la Sección Tercera: “Así las cosas, cuando se acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el objetivo único de preservar la legalidad de la actividad administrativa, se procura salvaguardar el orden jurídico a través de unas pretensiones que no tratan sobre una situación particular y específica, sino que se refieren a una mera comparación objetiva del acto con el marco normativo al cual ha debido ajustarse, de manera que el juez se encuentra ante un proceso en el que solo se ventila la legalidad abstracta de la correspondiente actividad estatal. Por el contrario, si en el proceso se reclaman derechos e intereses de los particulares, el juez se ubica frente a una controversia en la que se procura restablecer derechos subjetivos individuales que se consideran lesionados, derivados de los vicios que fundamentan el ataque de los actos así denunciados.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 5 de febrero y 16 de julio de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. 61220 y 50731.

³⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 40039, M.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2012, expediente 24.677, M.P. Enrique Gil

material³⁶, criterio que permite concretar en cada caso “la noción de interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual de cara a la determinación de los presupuestos necesarios para demandar la nulidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual”³⁷. Así, mientras la legitimación de hecho surge desde el momento en que se traba la *litis* y se define con la simple determinación de los extremos que componen el litigio -demandante y demandado-³⁸, la legitimación material indaga por el nexo del demandante con su pretensión y el demandado con su excepción, de manera que solo estará legitimado materialmente por activa quien acredite una relación sustancial con el hecho y el derecho que da lugar a lo pretendido en la demanda³⁹.

23. Esta relación sustancial del demandante con su pretensión ha sido conceptualizada por la doctrina⁴⁰ y la jurisprudencia⁴¹ sobre la noción “*interés*”, definido a partir de la causa privada y subjetiva que tiene el actor para instaurar la acción, por lo que su determinación debe efectuarse mediante un juicio de utilidad donde se examine si al acceder a las pretensiones se otorga un beneficio material o moral al demandante⁴², pues como se explicó, el alcance de ese interés no es el de la simple legalidad detentado por quien pretende defender el ordenamiento jurídico, sino que se trata de uno de carácter “*especial y concreto, personal y directo*”⁴³, esto es, aquel que surge respecto de quien tiene la necesidad de

Botero; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 61220, entre otras.

³⁶ Sobre este tema ha precisado la Sección Tercera del Consejo de Estado: “*Adicionalmente se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquel a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007; Exp. 13.503.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 61220.

³⁸ “[L]a legitimación de hecho en la causa surge a partir del momento en que se traba la *litis* y se define a partir de quienes componen los extremos del litigio, lo cual no merece mayor análisis, pues surge del despliegue de un acto procesal: la interposición de la demanda y la notificación de la misma. La legitimación material en la causa no corre la misma suerte, pues, para su definición, se requiere establecer si existe o no una relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta fórmula o la defensa que aquella realiza”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Exp. 61220; ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017, Exp. 40039, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁹ La legitimación de hecho es un presupuesto para afirmar la existencia de la relación jurídica-procesal, mientras que la legitimación material es un presupuesto de la sentencia de mérito favorable, porque depende de que el demandante y el demandado tengan una relación sustancial con el hecho y el derecho que da lugar a su pretensión o en que se funda la excepción de mérito, respectivamente. Por lo tanto, si una parte no acredita que tiene legitimación material en el proceso, obtendrá una sentencia desfavorable. “*La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, C.P. María Elena Giraldo, Exp. 10.973

⁴⁰ Devis Echandía, Hernando: “*Teoría General del Proceso*”, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2017, págs. 223 y ss.

⁴¹ Al respecto puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2000, expediente 9527 y Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1999. La postura adoptada por la Corporación respecto del interés que debe acreditar el tercero para pretender la nulidad absoluta del contrato estatal se ha mantenido en el tiempo, por ajustarse a las normas posteriores que vinieron a regular la materia de manera especial para el caso de los contratos estatales, salvo durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y la de la ley 446 de 1998, en el que la nulidad absoluta del contrato podía ser pretendida por cualquier persona.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ En providencia del 30 de enero de 1987, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Exp. 3627) dijo que “*El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo*” (tomado de: Consejo

promover el proceso en consideración a que lo que en él se resuelva, tiene la virtualidad de afectar su situación jurídica particular, o el goce o efectividad de sus derechos⁴⁴.

24. A partir de lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el interés de un tercero en la nulidad absoluta del contrato derivado de la ilegalidad del acto de adjudicación, se circunscribe al que le asiste a los oferentes que no resultaron favorecidos, lo que les permite promover la acción. Así mismo y en lo que refiere a los actos propiamente contractuales, la Sección Tercera, al aplicar el criterio de utilidad, ha admitido que a las compañías aseguradoras que expiden una póliza de cumplimiento con motivo del contrato estatal, les asiste un interés para impugnar los actos que declaren la ocurrencia del siniestro que ampararon aun cuando no sean parte del negocio jurídico, dado que esos actos tienen como destinatario principal a la aseguradora que otorgó la garantía y de ellos se deriva de forma expresa la obligación de pagar el riesgo que asumieron, es decir, por cuanto su contenido se encamina directamente a la exigibilidad de las obligaciones surgidas del contrato de seguro, definiendo una situación jurídica particular de la aseguradora, asistiéndole por ende un interés directo en su cuestionamiento⁴⁵.

25. No obstante, la Sección también ha explicado que la posición descrita en el párrafo precedente no puede acogerse como una habilitación abstracta o general para que las aseguradoras pretendan la nulidad de estos actos contractuales, pues en cada caso tendrán que *“acreditar un interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual respecto de las resultas del proceso, en tanto la prosperidad de sus pretensiones le generarían un beneficio material, jurídico o moral”*⁴⁶, y en esa medida, por ejemplo, carecerá de legitimación la aseguradora frente al acto que declara el siniestro cuando el contratista hubiese cubierto con sus recursos el valor que la entidad contratante cobró con base en la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones a las que se refirió en tal acto, pues ese preciso interés que había sido asegurado no subsiste en cabeza de la aseguradora y, por tanto, al quedar liberada de esa obligación, desaparece también el que en un principio pudo haber sido un interés directo en relación con las pretensiones dirigidas a negar esa obligación de pago, ligadas a ese acto administrativo, porque dejó de ser actual⁴⁷.

26. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala desestima el argumento general de los coadyuvantes conforme al cual la acción impetrada *“puede ejercitarse por todas las personas naturales o jurídicas, sin excepción”*. Por otra parte, dado que en el proceso se ha aceptado que los demandantes no fueron

de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2004, Exp. 13529).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1999.

⁴⁵ Sobre el particular, pueden verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 22 de 2009, Exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18.168.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, C.P. José Roberto Sábica Méndez, Exp. 50731.

⁴⁷ *Ibídem*.

parte en el contrato estatal celebrado entre Coobus y Transmilenio, aspecto que además fue definido por el Tribunal *a quo* sin que tal determinación se hubiese reprochado en los recursos de alzada, corresponde establecer si los actores están legitimados en la causa por activa en calidad de terceros para enjuiciar el acto administrativo que declaró la terminación de ese negocio jurídico e impuso la cláusula penal pecuniaria, al asistirles un interés directo, actual y sustancial.

27. La Sala confirmará la decisión adoptada en primera instancia, por cuanto los demandantes no ostentan un interés directo, actual y sustancial respecto de las pretensiones de la demanda y, por tanto, tampoco en relación con las resultas del proceso.

28. En los recursos de apelación se sostiene que a los actores les asiste un interés en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contractuales cuestionados, por cuanto participaron como firmantes de la promesa de sociedad futura que resultó adjudicataria, posteriormente constituida y con la cual se celebró el negocio jurídico -Coobus S.A.S.-, circunstancia que determina su legitimación en la causa para incoar la acción, en tanto fueron ellos los proponentes en el proceso de selección, mas no la sociedad Coobus que solo fue constituida con posterioridad, denotando que se vulneraron sus derechos.

29. Los argumentos aducidos por los recurrentes resultan insuficientes para acreditar la legitimación en la causa por activa de los demandantes en el caso concreto, por las razones que se exponen a continuación.

30. Conforme a lo establecido en el artículo 98 del Código de Comercio, la constitución de una sociedad conlleva la formación de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, lo que implica que los atributos inherentes a la personalidad jurídica, entendida como la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, se obtienen una vez la sociedad se constituye legalmente. En virtud de lo anterior, el artículo 2º de la Ley 1258 de 2008 dispone para las sociedades por acciones simplificadas que, una vez esta es inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, por lo que en concordancia con lo determinado en el inciso segundo del artículo 1⁴⁸ de la misma norma, salvo lo previsto en su artículo 42 en relación con el fraude a la ley o terceros⁴⁹, él o los accionistas no serán responsables por las obligaciones en que incurra la sociedad.

31. De esta forma y como ha sido expuesto por esta Subsección⁵⁰, la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado es una consecuencia económica del atributo de la personalidad jurídica que la ley atribuye a las

⁴⁸ "La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad".

⁴⁹ "Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados".

⁵⁰ Al respecto puede verse: sentencia del 16 de agosto de 2018, Exp. 40369, C.P. María Adriana Marín y sentencia del 6 de julio de 2022, Exp. 67873, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

sociedades comerciales⁵¹, que se concreta bajo el denominado principio de garantía de separación patrimonial⁵², y que a su vez reitera el reconocimiento de la autonomía moral de las personas jurídicas, de donde se extrae que:

(i) los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, quienes carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social. En esa medida, cuando los asociados realizan un aporte a la sociedad estos dejan de ser de su propiedad para entrar a formar parte del patrimonio de la última, pero como contraprestación reciben a su favor un número determinado de cuotas, acciones o partes de interés⁵³.

(ii) los acreedores de los socios carecen de acción sobre los bienes de la sociedad, pues solo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social⁵⁴. En consecuencia, los acreedores de la sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, quienes individualmente considerados carecen de un poder de dirección sobre el ente social, dado que *“la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación”*⁵⁵.

32. Por ende, con ocasión de los atributos de la personalidad y la autonomía reconocidos a la sociedad, así como atendiendo al principio de separación patrimonial, la individualidad de cada una de las personas que conforman el ente moral se funde en un sujeto distinto, autónomo e independiente, con atributos propios que lo diferencian plenamente de los socios que lo conforman, de manera que ⁽ⁱ⁾ es el fondo social común el llamado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad con terceros, así como exigir las acreencias a su favor, mas no a los socios individualmente considerados; y, ⁽ⁱⁱ⁾ la persona jurídica es apta para la titularidad de derechos y deberes, dotada también de capacidad procesal entendida como la facultad para comparecer ante las autoridades judiciales y ejecutar, por sí o mediante apoderado, los actos propios del derecho de postulación, por lo que corresponde a ese ente moral solicitar por sí mismo la reparación de los daños patrimoniales que se le causen, pues bajo la premisa de que el patrimonio de la sociedad se entiende separado del de los socios, a estos últimos no les asiste interés en pedir para sí la indemnización por los perjuicios materiales que aquella llegara a soportar.

⁵¹ Así lo dispone el Código de Comercio frente a la sociedad en comandita, únicamente en relación con los socios comanditarios (Art. 323); la sociedad de responsabilidad limitada, salvo que en los estatutos se estipule para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias (Art. 353), y en la sociedad por acciones (Art. 373). Por su parte y como se indicó, el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008 prevé que el socio o los socios de la sociedad por acciones simplificada solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

⁵² La Corte Constitucional ha expresado que la garantía de separación patrimonial entre los socios y las sociedad es la principal herramienta con la que cuenta el Estado para fortalecer el crecimiento y el desarrollo, como pilares fundamentales de la Constitución Económica. Al respecto puede verse la sentencia C-865 de 2004.

⁵³ Artículos 143 a 146 del Código de Comercio.

⁵⁴ Artículo 142 del Código de Comercio.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004. En esta providencia se explicó, además, entre otros, que *“Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite a esta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino”*.

33. Revisada la demanda y como se explicará, la Sala encuentra que las pretensiones están dirigidas a que se declare la nulidad de los actos proferidos por Transmilenio en calidad de contratante, con ocasión del negocio jurídico celebrado con Coobus como parte contratista, mediante los cuales se declaró la terminación anticipada del contrato y se hizo efectiva la cláusula penal, actos que refieren e incorporan única y exclusivamente aspectos relacionados con los derechos y la situación jurídica de esa sociedad contratista, mas no de sus socios, por lo que éstos últimos no están legitimados en la causa por activa respecto de esa pretendida declaración anulatoria, circunstancia que no se desvirtúa por el solo hecho de tener los demandantes la calidad de socios de Coobus y de haber sido esta última producto de una promesa de sociedad futura, finalmente constituida para la celebración del contrato estatal.

34. La “promesa de sociedad” o “promesa de sociedad futura” corresponde a una modalidad del contrato de promesa, cuya validez y eficacia se encuentran reconocidas por los artículos 89 de la Ley 153 de 1887⁵⁶ y 861 del Código de Comercio⁵⁷. El artículo 119 del citado código estatuye que la promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito con las cláusulas que deban expresarse en el negocio jurídico (conforme al artículo 110) y la indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad, y por otra parte, que los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella.

35. El parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de la licitación pública que dio origen al contrato objeto de la controversia⁵⁸, establecía que los proponentes para la celebración de un contrato de concesión de obra pública podían presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, incluyendo la figura de promesa de sociedad futura, caso en el cual, debía allegarse una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetaría a la condición de que el contrato fuere adjudicado a ese proponente, de tal forma que una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad, el contrato de concesión se celebraría con su representante legal.

36. Por su parte, el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 dispone que las sociedades que se conformen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, se someten a las mismas responsabilidades y efectos dispuestos en ese

⁵⁶ “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1a. Que la promesa conste por escrito; 2a. Que el contrato á que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3a. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4a. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán á la materia sobre que se ha contratado”.

⁵⁷ Este último dispone: “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

⁵⁸ Parágrafo derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012.

estatuto para los consorcios, respecto de los cuales la misma norma dispuso en su numeral 1, que los integrantes de ese proponente plural responderán “*solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato*”.

37. El Consejo de Estado ha considerado que esta responsabilidad solidaria prevista en el artículo 7, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 y, aplicable a otras sociedades en virtud del parágrafo 3 de la misma norma, opera no solo para las sociedades de objeto único ya constituidas al momento de presentar la oferta, sino también para las asociaciones de oferentes que acudan al proceso de selección bajo un contrato de promesa de sociedad⁵⁹. Lo anterior tiene sustento en que esta solidaridad se presenta como una garantía a favor de la entidad y, en uno y otro caso, el riesgo previsto y cubierto por el legislador es el mismo, esto es, que por tener objeto único y duración limitada el patrimonio de la sociedad no llegue a resultar suficiente para cubrir las multas, indemnizaciones o sanciones que puedan presentarse por el incumplimiento de la propuesta o la inejecución del contrato⁶⁰, riesgo que no desaparece por el hecho de que la sociedad se constituya con posterioridad a la presentación de la oferta.

38. Las obligaciones solidarias son aquellas en que por virtud del contrato, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores, o por cada uno de los acreedores, el total de la deuda⁶¹. Por tanto, como en un negocio jurídico la deuda o débito es lo que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer⁶², la responsabilidad solidaria en este caso determina, en principio, que cada uno de los socios de la sociedad constituida a partir de la promesa allegada en el proceso de selección estaría llamado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato. Y se aclara que esto es en principio, o una posibilidad, porque puede ocurrir que a pesar de ser exigible el cumplimiento de la obligación a cada uno de los socios con ocasión de esa solidaridad, dispuesta por la ley como una garantía a favor de la entidad pública para la consecución de los fines previstos con la contratación, esta última decida no acudir a ella, por ejemplo, por no resultar necesario al ser suficiente el patrimonio de la sociedad contratista y parte en el negocio jurídico.

39. La solidaridad por pasiva que se predica de los accionistas de la sociedad prometida legalmente constituida, contratista y parte en el contrato estatal, es garantía para asegurar su cumplimiento y no se contrapone a los atributos de la personalidad y los principios de autonomía y separación patrimonial que la ley reconoce a la persona jurídica legalmente constituida, menos aún, los desvirtúa, extingue o anula *per se*, por lo que los actos de la entidad contratante pueden estar dirigidos directa y únicamente al ente moral contratista y por ende, conforme a los

⁵⁹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1172 del 3 de marzo de 1999 y 1283 del 4 de septiembre de 2000; En sentencia del 19 de junio de 2009, Exp. 19001-23-31-000-2005-00005-01 AP. C.P. Ruth Stella Correa Palacio, la Sección Tercera indicó que: “*En el caso de la promesa de sociedad y durante su participación en el proceso de selección, es clara la existencia de la responsabilidad solidaria de quienes se presenten bajo esta modalidad en el proceso de selección frente al incumplimiento de obligaciones emanadas de la propuesta y los actos de incumplimiento de la promesa de sociedad...*”

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1283 del 4 de septiembre de 2000.

⁶¹ Artículo 1568 del Código Civil.

⁶² Artículo 1495 del Código Civil.

atributos y principios enunciados, contra una persona distinta de los socios, con patrimonio propio y capacidad para defender sus intereses.

40. La sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos rebasando su personalidad⁶³, de manera que un acto administrativo dirigido exclusivamente a producir efectos jurídicos frente a la sociedad contratista, creando, modificando o extinguiendo sus derechos bajo el negocio jurídico, no extiende de forma automática sus efectos a sus socios. Caso distinto es que la entidad decida hacer efectiva la solidaridad dispuesta en la ley para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad contratista, comprometiendo el patrimonio de los asociados, lo cual deberá quedar contenido y consignado en el acto administrativo correspondiente como expresión de esa voluntad.

41. En el caso concreto, los actos administrativos demandados se dirigieron única y exclusivamente a Coobus, sociedad contratista, en los términos que se exponen a continuación:

(i) Mediante la Resolución 233 de 25 de abril de 2016 Transmilenio resolvió *“Declarar que la sociedad OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S con. NIT 900396145-3, incumplió el contrato de concesión N.º 005 del 16 de noviembre de 2010”*⁶⁴, y en consecuencia, *“terminar anticipada y unilateralmente el contrato de concesión”*⁶⁵, hacer *“efectiva la cláusula penal pecuniaria con ocasión del incumplimiento del concesionario”*⁶⁶ y ordenar *“la liquidación del contrato [...] en el estado en que se encuentre y efectúense las compensaciones y restituciones a que haya lugar, con el contratista OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S.”*⁶⁷

(ii) En la Resolución 234 del 25 de abril de 2016 la entidad contratante encontró *“probado el incumplimiento grave del contrato”*⁶⁸, y determinó que *“ante la configuración del incumplimiento grave del contrato [...] hay lugar a dar aplicación a las disposiciones legales contenidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993”*⁶⁹, pero decidió *“[a]bstenerse de declarar la caducidad, prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, al haberse declarado el incumplimiento total del contrato de concesión [...] mediante Resolución No. 233 del 25 de Abril de 2016”*⁷⁰

(iii) La Resolución 253 del 28 de abril de 2016 confirmó *“íntegramente la Resolución No. 233 del 25 de abril del 2016”*⁷¹ y efectuó algunas correcciones relacionadas con la identificación de algunos oficios⁷².

⁶³ GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, 1987.

⁶⁴ Artículo primero.

⁶⁵ Artículo segundo.

⁶⁶ Artículo tercero.

⁶⁷ Artículo cuarto.

⁶⁸ Artículo primero.

⁶⁹ Artículo segundo.

⁷⁰ Artículo tercero.

⁷¹ Artículo primero.

⁷² **ARTÍCULO SEGUNDO:** Corregir la Resolución No. 233 del 26 de abril de 2016. Para todos los efectos la comunicación con radicado 20163000028171, corresponde a la comunicación con radicado 20163000028181. **ARTÍCULO TERCERO:** Corregir la Resolución No. 233 del 26 de abril de 2016. Para todos los efectos la Ley

(iv) Las resoluciones tampoco hicieron referencia en su motivación a los socios de Coobus, mucho menos, a su eventual responsabilidad con ocasión del negocio jurídico, de los hechos que llevaron a adoptar las decisiones acusadas o de las consecuencias de éstas.

42. Así las cosas, los actos administrativos contractuales demandados, se circunscribieron a terminar y liquidar el vínculo negocial sostenido con la sociedad contratista -que no con sus socios- así como a exigir a esa persona jurídica, y solo a ella, el pago de la cláusula penal pecuniaria pactada, sin que se hubiese determinado o definido algún tipo de vinculación o responsabilidad de los socios con ocasión de lo decidido en los actos por cuenta de la solidaridad definida en la ley, o por cualquier otra causa, de manera que no se observa que esas manifestaciones de la voluntad de la administración estén llamadas a producir efectos jurídicos frente a los socios de Coobus, ahora demandantes, en tanto no crearon, modificaron o extinguieron un derecho en cabeza suya, denotando que no les asiste un interés directo, sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual en el resultado del proceso.

43. Finalmente, debe precisarse que la sola calidad de proponentes en el proceso de selección, aducida por los demandantes, resulta irrelevante de cara a establecer su legitimación en la causa atendiendo a la naturaleza de sus pretensiones, en la medida que éstas se dirigen a la declaratoria de nulidad de sendos actos contractuales, expedidos con posterioridad a la constitución de Coobus y la celebración del negocio jurídico, sin que refieran a algún acto o aspecto propio de la etapa precontractual y de donde se pretendiera derivar algún tipo de derecho o afectación. Así mismo, por cuanto la solicitud de coadyuvancia por activa de José Miguel Ortiz Rincón se fundamenta en los mismos hechos y argumentos antes analizados, que determinan la falta de legitimación en la causa de los demandantes en el proceso, se impone ratificar su improcedencia.

44. En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

45. Como en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a los demandantes recurrentes, vencidos en el proceso, por cuanto se confirmará la decisión de primera instancia. La condena en costas en el recurso de apelación, bajo las reglas del código en cita, no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso, frente a la parte que ha resultado vencida, "*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*".

1474 de 2010, se entiende como la Ley 1474 de 2011. **ARTÍCULO CUARTO:** Corregir la Resolución No. 233 del 26 de abril de 2016. Para todos los efectos, la comunicación con radicado 2016EE5959, del 14 de abril de 2016, estableció como término perentorio para la radicación .de la documentación ahí solicitada, el 19 de abril del 2016".

46. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso. En relación con las agencias en derecho, éstas se rigen por el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁷³, el cual dispone que en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia, como sucede en el caso concreto, se fijarán entre 1 a 5 SMLMV.

47. Con fundamento en lo anterior, los demandantes recurrentes, Marco Fidel Ajiaco Cante, Mario Álvarez Ulloa, Enrique Báez Velandia, María Inés Barragán Navarro, Roberto Chaparro Rodríguez, Rosa Elena Estupiñán Suárez, Víctor Abel Guevara, Carlos Julio Joya Báez, Bernardo Méndez Santafé, José Agustín Montenegro Roldán, Humberto Isidro Peñuela Garzón y Juan Emiliano Rojas Castro, serán condenados al pago de agencias en derecho en atención a las reglas vigentes en la materia, por lo que en los términos del artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016⁷⁴, se fijan como agencias en derecho a cargo de los recurrentes, a prorrata, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de cada una de las entidades demandadas, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de su gestión en segunda instancia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

48. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de noviembre de 2021, proferida por la Subsección C, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a los demandantes recurrentes; **FIJAR** como agencias en derecho a su cargo, a prorrata, y en favor de cada una de las entidades demandadas, esto es, Transmilenio S.A. y Alcaldía Mayor de Bogotá, la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

⁷³ Aplicable para el 28 de noviembre de 2017, por cuanto entró en vigor el 5 de agosto de 2016.

⁷⁴ "Artículo 2. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites. "Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. Procesos declarativos en general. (...) En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V."

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN**

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**
(aclaración de voto)

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**
(aclaración de voto)

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.

